

Lidia Walczak

## Obowiązek mocy na rynku wtórnym

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest pojęcie oraz zasady funkcjonowania obowiązku mocowego na rynku kapitałowym. Obowiązek mocy został wprowadzony ustawą z 8.12.2017 r. o rynku mocy, w której zdefiniowano go jako „zobowiązanie dostawcy mocy do pozostawania w okresie dostaw w gotowości do dostarczania określonej mocy elektrycznej do systemu przez jednostkę rynku mocy oraz do dostawy określonej mocy elektrycznej do systemu w okresach zagrożenia”. Podstawowe racje tej regulacji obejmują konieczność zabezpieczenia państwa na wypadek niedoborów mocy w systemie elektroenergetycznym, jak również potrzebę wprowadzenia nowych form dozwolonej pomocy publicznej dla podmiotów wytwarzających energię. Obowiązek mocy może być przedmiotem obrotu zarówno na rynku pierwotnym (jako rezultat zawarcia umowy mocowej), jak i na rynku wtórnym. Kwestia obrotu wtórnego obowiązkiem mocowym nie została jednak wyczerpująco uregulowana i budzi wiele wątpliwości. Podstawowym problemem jest status obowiązku mocowego jako instrumentu finansowego; mimo iż posiada cechy instrumentu finansowego wymienione w dyrektywie MiFID II, wyłączenie z rozporządzenia 2017/565 uniemożliwia przyporządkowanie obowiązku mocowego do tej kategorii. Zagadnienie to ma bardzo doniosłe znaczenie z punktu widzenia działalności przedsiębiorstw energetycznych, dla których korzystniejszym rozwiązaniem jest nieuznawanie obowiązku mocowego za instrument finansowy.

### 1. Wstęp

Obowiązek mocy to zagadnienie wciąż stosunkowo nowe i rzadko poruszane w monografiach. Jego złożony i, niekiedy, niejasny charakter dodatkowo utrudniają bardziej kompleksowe omówienie. Rola i przyszłość obowiązku mocowego nie jest jednak kwestią błahą, której analiza obejmuje rozważania jedynie czysto teoretyczne.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy o rynku mocy<sup>1</sup>, pojęcie obowiązku mocowego należy rozumieć jako „zobowiązanie dostawcy mocy do pozostawania w okresie dostaw w gotowości do dostarczania określonej mocy elektrycznej do systemu przez jednostkę rynku mocy oraz do dostawy określonej mocy elektrycznej do systemu w okresach zagrożenia”. Sama ta – dość zwięzła – definicja, pozwala na wywnioskowanie, że obowiązek mocy pełni funkcję pewnego zabezpieczenia na wypadek niedoboru mocy elektrycznej w systemie elektroenergetycznym.

Wprowadzenie obowiązku mocowego to odpowiedź na poważne problemy, których rozwiązanie ma kluczowe znaczenie dla całego państwa, nie tylko w perspektywie kilku najbliższych lat. Jego istnienie, szczególnie w kontekście regulacji MiFID II<sup>2</sup>, może się odbić na rozwoju energetyki źródeł odnawialnych, działalności wielkich przedsiębiorstw energetycznych oraz, w konsekwencji, na każdym z obywateli.

Niniejszy artykuł to próba przybliżenia pojęcia, zasad funkcjonowania oraz statusu obowiązku mocowego na rynku kapitałowym. Podstawowym pytaniem, które może się nasuwać w trakcie analizy przedmiotowych zagadnień, jest to, czy obowiązek mocy jest instrumentem finansowym. Jakkolwiek można wskazać wiele cech pozwalających na takie zakwalifikowanie obowiązku mocowego, jest to kwestia bardzo nieoczywista, a regulacje w tym przedmiocie są niekiedy zaskakująco lakoniczne.

## **2. Umowa mocowa i obowiązek mocy**

### **2.1. Umowa mocowa – źródło obowiązku mocowego**

Umowa mocowa stanowi podstawowe źródło obowiązku mocowego. Poświęcono jej rozdział 6 ustawy o rynku mocy, która weszła w życie 18.1.2018 r. Można zaryzykować stwierdzenie, że wspomniany akt prawny jest jednym z najdonioślejszych osiągnięć polskiego prawodawstwa ostatnich lat, jako że dokonał on istotnego „przemeblowania” na rodzimym „rynku mocy”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ustawa z 8.12.2017 r. o rynku mocy, t.j.: Dz.U. z 2020 r. poz. 247 z późn. zm., dalej jako „ustawa o rynku mocy”.

<sup>2</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z 15.5.2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE, Dz.Urz.UE 2014 Nr L 173/349 z późniejszymi zm., dalej jako „MiFID II”.

<sup>3</sup> Zob. B. Pawlak, M. Ziarkowski, *Realizacja obowiązku mocowego przez przedsiębiorstwa energetyczne*, iKAR, 2018, nr 5(7), s. 60 i n.

Sama umowa mocowa jest kontraktem trójstronnym, zawierającym pomiędzy dostawcą mocy, operatorem systemu przesyłowego oraz zarządcą rozliczeń rynku mocy. Rola tego ostatniego jako strony umowy jest właściwie marginalna, ponieważ aktywność zarządcy ogranicza się do swego rodzaju czynności usługowych wobec pozostałych stron. Całe *clou* tego stosunku prawnego to zatem relacja pomiędzy dostawcą mocy oraz operatorem systemu przesyłowego.

Dostawca mocy, na podstawie umowy mocowej, zobowiązuje się wykonywać obowiązek mocowy przez oznaczony czas, zgodnie z wynikiem aukcji mocy, podczas gdy operator weryfikuje wykonywanie tego obowiązku i ustala wysokość kar należnych w przypadku jego niewykonywania. Zarządca rozliczeń zaś dokonuje rozliczeń finansowych rynku mocy i to na nim ciąży zobowiązanie do zapłacenia wynagrodzenia za wykonanie obowiązku mocowego.

Umowa mocowa zawierana jest na czas oznaczony, w formie elektronicznej pod rygorem nieważności. Za moment jej zawarcia natomiast uważa się chwilę ogłoszenia wstępnych wyników aukcji mocy, jednak pod warunkiem zawieszającym – do momentu ogłoszenia ostatecznych wyników aukcji. Co ciekawe, zgodnie z art. 44 ust. 2 ustawy o rynku mocy, do zawarcia umowy mocowej może dojść także w wyniku transakcji na rynku wtórnym, co będzie przedmiotem analizy w dalszej części artykułu.

## **2.2. Pojęcie i rola obowiązku mocowego**

Ustawa o rynku mocy to niejako odpowiedź na obawy polskiego ustawodawcy związane z potencjalnymi niedoborami mocy w systemie. Unia Europejska dąży do przeobrażenia wytwarzania energii, przejścia od konwencjonalnych elektrowni węglowych do takich, które są przyjazne dla środowiska. W Polsce przemiany te zachodzą powoli, a ich przyspieszenie jest zadaniem trudnym, niekiedy zaś – wręcz niemożliwym. Ponadto, wiele już działających elektrowni wymaga modernizacji, które są niezwykle czasochłonne i pochłaniają ogromne środki. Z kolei wytwarzanie oparte na odnawialnych źródłach energii nie jest w stanie „udźwignąć” całego krajowego zapotrzebowania na moc. To tylko niektóre z czynników mogących w przyszłości wywoływać niedobory mocy w systemie elektroenergetycznym.

Wymienione wyżej okoliczności skłoniły ustawodawcę do rozważenia potencjalnych sposobów zabezpieczenia się na wypadek wystąpienia takich niedoborów. Należy przy tym mieć na uwadze, że do momentu wejścia w życie ustawy o rynku mocy mieliśmy w tym

zakresie do czynienia z rynkiem jednotowarowym<sup>4</sup>; przedmiotem obrotu była wyłącznie wytworzona energia. Wobec ryzyka wystąpienia niedoborów mocy rozwiązanie takie mogłoby się jednak okazać niewystarczające. W związku z powyższym, doszło do przeobrażenia rynku mocy w rynek dwutowarowy; wspomniane zabezpieczenie ma bowiem polegać na tym, że dostawcy mocy zobowiązują się do pozostawania w gotowości do dostarczania mocy do systemu<sup>5</sup>.

Powyższe zobowiązanie zostało sprecyzowane w art. 57 ust. 1 ustawy o rynku mocy. Zgodnie z tym przepisem dostawca mocy musi „pozostawać w gotowości” przez cały okres obowiązywania umowy mocowej, a więc też utrzymywać niezbędną infrastrukturę na wypadek wystąpienia „okresu zagrożenia”, który należy rozumieć właśnie jako niedobór mocy w systemie<sup>6</sup>. W tym momencie aktualizuje się obowiązek dostarczenia energii do systemu. Mechanizm taki ma na celu zapewnienie ciągłości dostaw energii, jednak nie jest to jego jedyna funkcja.

Jak wskazują B. Pawlak oraz M. Ziarkowski<sup>7</sup>, obowiązek mocowy jest w zasadzie formą dozwolonej pomocy publicznej. Jego wykonywanie skutkuje wypłatą dodatkowego wynagrodzenia dla dostawców mocy, podczas gdy operator systemu przesyłowego zyskuje pewne zabezpieczenie na wypadek niedoboru mocy w systemie. Rozwiązanie takie wydaje się korzystne dla wszystkich, jednak, niestety, nie jest ono pozbawione pewnych wad; ostatecznie, generuje ono dodatkowe koszty<sup>8</sup>.

### **3. Obrót obowiązkiem mocowym**

#### **3.1. Aukcja mocy**

Aukcja mocy jest niezbędnym „ogniwem” w procesie powstawania obowiązku mocowego. Aukcje takie odbywają się na rynku pierwotnym, który zasadniczo obejmuje emisję i sprzedaż papierów wartościowych. W ramach obrotu pierwotnego zawierane są transakcje pomiędzy emitentami i inwestorami, i dochodzi do powiększenia zasobów kapitałowych tych pierwszych, co jest zresztą głównym celem operacji na rynku pierwotnym.

---

<sup>4</sup> Zob. B. Pawlak, M. Ziarkowski, *op.cit.*, s. 62.

<sup>5</sup> Ustawa z 8.12.2017 r. o rynku mocy, t.j.: Dz.U. z 2020 r. poz. 247 z późn. zm.

<sup>6</sup> Momentem powstania obowiązku mocowego polegającego na pozostawaniu w gotowości jest dzień rozpoczęcia okresu dostaw wskazany w umowie, zaś w zakresie dotyczącym dostarczania mocy elektrycznej – początek okresu zagrożenia.

<sup>7</sup> B. Pawlak, M. Ziarkowski, *op.cit.*, s. 61.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 61.

Aukcję mocy poprzedzają certyfikacja do aukcji głównej lub aukcji dodatkowych. Wniosek o dopuszczenie do aukcji głównej lub aukcji dodatkowych składa właściciel jednostki fizycznej, jednostki fizycznej zagranicznej albo jednostki redukcji zapotrzebowania planowanej lub podmiot przez niego upoważniony do dysponowania tą jednostką na rynku mocy. Przedmiotem takiego wniosku jest przede wszystkim dopuszczenie do aukcji, jednak w przypadku nowych jednostek, obejmuje on również utworzenie jednostki rynku mocy. W przypadku pozytywnego rozpatrzenia wniosku następuje kolejny etap, tj. aukcja główna lub aukcja dodatkowa.

Aktywność dostawców mocy w czasie aukcji mocy polega na oferowaniu obowiązku mocowego. Obowiązek ten ma zostać zrealizowany w piątym roku następującym po roku, w którym odbyła się aukcja; aukcja mocy przeprowadzona w roku 2021 dotyczy więc okresu dostaw przypadającego w roku 2026.

Ustawodawca dokonuje przy tym rozróżnienia na aukcję główną oraz aukcje dodatkowe. Różnica dotyczy długości okresu dostaw; w przypadku aukcji głównej jest to rok, natomiast w przypadku aukcji dodatkowej – kwartał. Aukcje dodatkowe przeprowadza się w roku poprzedzającym rok kwartalnych okresów dostaw.

Aukcja mocy składa się z rund, w trakcie których wysoka początkowo cena wywoławcza jest stopniowo obniżana<sup>9</sup>. Dostawcy mocy składają tzw. oferty wyjścia. Wskazują one minimalne ceny, po których dostawcy mocy gotowi są zawrzeć umowę mocową z daną jednostką rynku mocy. W czasie aukcji dostawca mocy może złożyć tylko jedną ofertę wyjścia w odniesieniu do konkretnej jednostki. Niezłożenie oferty wyjścia w danej rundzie jest traktowane jako akceptacja ceny wywoławczej dla rundy kolejnej.

Aukcja dobiega końca w momencie zakończenia ostatniej rundy lub rundy, w której łączna wielkość obowiązków mocowych, dla których nie zostały złożone oferty wyjścia (wolumen mocy), jest nie większa niż popyt na moc.

### **3.2. Obrót wtórny**

Obrót wtórny odgrywa istotną rolę dla rynku mocy, ponieważ obejmuje bezpośrednie transakcje pomiędzy dostawcami mocy; możliwość przeniesienia obowiązku mocowego

---

<sup>9</sup> Aukcja mocy jest zatem przeprowadzana w formie tzw. aukcji holenderskiej.

na inny podmiot znacznie uelastycznia rynek mocy<sup>10</sup>. Przede wszystkim jednak pozwala na uniknięcie negatywnych konsekwencji niewywiązania się z obowiązku mocowego.

Obecnie obrót wtórny ogółem odbywa się, w ramach obrotu zorganizowanego, na rynku regulowanym i w alternatywnym systemie obrotu<sup>11</sup>, oraz poza obrotem zorganizowanym, na zorganizowanych platformach obrotu<sup>12</sup>. OTF jest stosunkowo świeżym „dodatkiem” do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi<sup>13</sup>, rezultatem wprowadzenia dyrektywy MiFID II. Jest to pewne ograniczenie dotychczasowego obrotu pozagiełdowego, jako że przedmiot obrotu na OTF obejmuje towary giełdowe<sup>14</sup> oraz instrumenty pochodne.

Zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 1 ustawy o rynku mocy, aby możliwy był obrót wtórny obowiązkiem mocowym, najpierw muszą zakończyć się aukcje główna oraz dodatkowe. Wówczas dostawca mocy może przenieść na jednostkę mocy innego dostawcy swój obowiązek mocy. Takie przeniesienie może dotyczyć całości lub części obowiązku, tudzież całości lub części okresu dostaw. Przedmiotem obrotu mogą być jednak wyłącznie dostawy przyszłe.

Warunkiem skuteczności takiej transakcji jest zgłoszenie jej do Rejestru Rynku Mocy i brak sprzeciwu operatora, który następnie dokonuje wpisu. Rejestr Rynku Mocy to elektroniczna platforma prowadzona przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.; rozwiązanie przyjęte w Polsce jest o tyle korzystne, że zgłoszenia nie muszą być aktywnie akceptowane przez PSE.

Odnosząc się do poruszanego wcześniej zagadnienia umowy mocowej, jest to wspomniany już drugi, poza aukcją mocy, sposób zawarcia takiej umowy. Ciekawe stanowisko w tym zakresie reprezentuje I. Muszyński stwierdzając, że „nabyty na rynku wtórnym obowiązek mocowy należy uznać za wolny od wszelkich obciążeń”<sup>15</sup>. Zawarta w ten sposób umowa mocowa nie stanowi kontynuacji poprzedniej, lecz jest zupełnie nowym stosunkiem

---

<sup>10</sup> Zob. M. Bałdowski, M. Kraśniewski, *Istota i prawne aspekty funkcjonowania rynku wtórnego dla rynku mocy*, iKAR, 2018, nr 5(7), s. 45 i n.

<sup>11</sup> Dalej jako „ASO” lub „MTF”.

<sup>12</sup> Dalej jako „OTF”.

<sup>13</sup> Ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, t.j.: Dz.U. z 2021 r. poz. 328 z późn. zm., dalej jako „ustawa o obrocie instrumentami finansowymi”.

<sup>14</sup> Zgodnie z ustawą z 27.11.2000 r. o giełdach towarowych (t.j.: Dz.U. z 2019 r. poz. 312) są to dopuszczone do obrotu na danej *giełdzie towarowej* lub do obrotu organizowanego zgodnie z odrębnymi przepisami: oznaczone co do gatunku rzeczy; różne rodzaje energii lub paliwa gazowe w rozumieniu *ustawy* z 10.4.1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755, ze zm.); prawa majątkowe wynikające ze świadectw, o których mowa w *ustawie* z 10.4.1997 r. - Prawo energetyczne, oraz ze świadectw pochodzenia i świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, o których mowa w *ustawie* z 20.2.2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389 i 2245 oraz z 2019 r. poz. 42 i 60), prawa majątkowe wynikające ze świadectwa efektywności energetycznej, o których mowa w przepisach dotyczących efektywności energetycznej.

<sup>15</sup> I. Muszyński, *Rynek mocy jako instrument wsparcia budowy nowych elektrowni – czy to zadziała?*, „iKAR” 2018, nr 5(7), s. 23.

prawnym, nieobejmującym zaistniałych wcześniej zobowiązań i wiarygodności. Regulacja jest w tym zakresie względnie lakoniczna, ponieważ ustawodawca poprzestał na dwóch artykułach dotyczących wtórnego obrotu obowiązkiem mocowym.

Należy również mieć na uwadze, że ustawa o rynku mocy właściwie nie rozstrzyga, czy przeniesienie obowiązku mocowego skutkuje rozwiązaniem umowy mocowej pomiędzy pierwotnym dostawcą mocy a operatorem. Przy założeniu, że w istocie taki skutek następuje, wydaje się logicznym wniosek, że przeniesienie obowiązku mocowego w całości skutkuje rozwiązaniem, zaś przeniesienie go jedynie w części, zmianą umowy mocowej.

Nie jest jednak do końca jasne, jak miałyby wyglądać tego rodzaju obrót w praktyce. Raport dot. rozwiązań funkcjonalnych rynku mocy z 30.9.2016 r., przygotowany przez Ministerstwo Energii, wskazuje wprost, że obrót na rynku wtórnym może mieć zarówno postać zdecentralizowaną<sup>16</sup> jak i scentralizowaną (platforma obrotu prowadzona przez, przykładowo, Towarową Giełdę Energii<sup>17</sup>). Powstają już pierwsze systemy dedykowane takim transakcjom, jak na przykład platforma Wymiany Obowiązku w Rynku Mocy (WORM) prowadzona przez Enspirion Sp. z o.o., Platforma Obrotu Obowiązkami Mocowymi (POOM) utworzona przez PGE Dom Maklerski, albo Platforma Usług Infrastrukturalnych, tworzona przez TGE. Stanowisko TGE<sup>18</sup> odnośnie do statusu platformy obrotu obowiązkami mocowymi w 2019 r. dość jednoznacznie wykluczało możliwość zorganizowania rynku wtórnego na OTF, RTG<sup>19</sup> oraz RIF<sup>20</sup>.

#### 4. Pojęcie instrumentu finansowego

Z punktu widzenia przyszłości obrotu obowiązkiem mocowym kluczowe znaczenie wydaje się mieć pojęcie instrumentu finansowego. Termin ten obejmuje bardzo szeroką kategorię instytucji oraz całą gamę złożonych wyjątków, jednak na podstawie polskich i unijnych regulacji można dość precyzyjnie określić kryteria warunkujące przyporządkowanie do tej grupy.

---

<sup>16</sup> Wspomniany raport wymienia „kontrakty OTC”; obrót w postaci zdecentralizowanej to w tym kontekście obrót na rynku pozagiełdowym, odbywający się bezpośrednio między inwestorami, bez udziału pośrednika w postaci giełdy.

<sup>17</sup> Dalej jako „TGE”.

<sup>18</sup> Koncepcja Platformy Usług Infrastrukturalnych oraz wspomniane stanowisko zostały zaprezentowane 20.11.2019 r. w Warszawie, podczas posiedzenia Komitetu Rynku Energii Elektrycznej oraz Komitetu Rynku Gazu.

<sup>19</sup> Rynek Towarów Giełdowych.

<sup>20</sup> Rynek Instrumentów Finansowych.

Artykuł 2 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi dokonuje podstawowego podziału instrumentów finansowych na papiery wartościowe<sup>21</sup> oraz instrumenty niebędące papierami wartościowymi<sup>22</sup>. Ta druga kategoria obejmuje, jak się wydaje, enumeratywne<sup>23</sup> wyliczenie instytucji zaliczanych do instrumentów finansowych.

Pojęcie papieru wartościowego zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi i obejmuje:

- a) akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów ustawy 15.9.2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 i 2320), prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego;
- b) inne zbywalne prawa majątkowe<sup>24</sup>, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, odnoszące się do papierów wartościowych określonych w lit. a, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników (prawa pochodne).

Nieco bardziej problematyczne może się okazać zdefiniowanie instrumentów finansowych niebędących papierami wartościowymi. Ustawodawca ograniczył się do wymienienia tego rodzaju instrumentów finansowych i odesłania do innych aktów prawnych.

---

<sup>21</sup> W punkcie 1.

<sup>22</sup> W punkcie 2.

<sup>23</sup> K. Glibowski, *Komentarz do art. 2 [w:] red. M. Wierzbowski, Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi [w:] red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Prawo rynku kapitałowego. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2018, Legalis 2018. Por. jednak F. Zoll w: Prawo instrumentów finansowych. System Prawa Handlowego Tom 4, red. M. Stec, Warszawa 2016, s. 72, który podkreśla, że wyliczenie instrumentów „niebędących papierami wartościowymi” w przepisie ma charakter „półotwarty”, ponieważ w ramach większości kategorii pojawia się sformułowanie „inne instrumenty pochodne” lub równoznaczne, otwierające ten katalog.*

<sup>24</sup> Przez „inne zbywalne prawa majątkowe” należy rozumieć derywaty, których instrumentem bazowym są inne papiery wartościowe. Przykładami takich praw mogą być opcje i kontrakty terminowe. Wydaje się, że poprzez wskazanie praw pochodnych ustawodawca nieco zaburzył enumeratywny, co do zasady, charakter listy papierów wartościowych. Zob. K. Glibowski, *Komentarz do art. 2 [w:] red. M. Wierzbowski, Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi [w:] red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Prawo rynku kapitałowego. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2018, Legalis 2018.*

Z punktu widzenia obrotu obowiązkiem mocowym szczególnie istotne znaczenie będą miały rozporządzenie 2017/565<sup>25</sup> oraz rozporządzenie 1227/2011<sup>26</sup>.

Definicję instrumentu finansowego można znaleźć również w ustawie o rachunkowości<sup>27</sup>. Artykuł 3 ust. 1 pkt 23 określa instrument finansowy jako „kontrakt, który powoduje powstanie aktywów finansowych u jednej ze stron i zobowiązania finansowego albo instrumentu kapitałowego u drugiej ze stron pod warunkiem, że z kontraktu zawartego między dwiema lub więcej stronami jednoznacznie wynikają skutki gospodarcze, bez względu na to, czy wykonanie praw lub zobowiązań wynikających z kontraktu ma charakter bezwarunkowy albo warunkowy”.

Zasadniczo więc, w ramach takiego stosunku prawnego, jedna ze stron otrzymuje aktywa pieniężne, tudzież instrumenty kapitałowe emitowane przez inne jednostki, lub też prawo do takich aktywów lub do wymiany aktywów finansowych z inną jednostką na korzystnych dla siebie warunkach. Wobec drugiej strony powstaje natomiast zobowiązanie do wydania określonych aktywów finansowych lub do dokonania wymiany instrumentów finansowych na niekorzystnych dla siebie warunkach. Ponadto, udział w jej aktywach staje się przedmiotem prawa strony przeciwnej, po odjęciu pozostałych zobowiązań. W kwestii gospodarczego charakteru skutków kontraktu wskazuje się, że wymóg ten dotyczy w istocie postanowień umowy w kwestii kwoty, terminu i stopnia pewności wpływów i wydatków<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/565 z 25.4.2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy, Dz.Urz.UE 2017 Nr L 87/1 z późn. zm., dalej jako „rozporządzenie 2017/565”.

<sup>26</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1227/2011 z 25.10.2011 r. w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii, Dz.Urz.UE 2011 Nr L 326/1., dalej jako „REMIT” lub „REMIT *carve-out*”.

<sup>27</sup> Ustawa z 29.9.1994 r. o rachunkowości, t.j.: Dz.U. z 2021 r. poz. 217 z późn. zm.

<sup>28</sup> W. Gos, *Komentarz do art. 3 [w:] Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, red. T. Kiziukiewicz, wyd. 8, Warszawa 2021, LEX 2021.

## 5. Obowiązek mocowy jako instrument finansowy

Doktryna i przedsiębiorstwa energetyczne dość zgodnie stoją na stanowisku, że uznanie obowiązku mocowego za instrument finansowy nie jest, przynajmniej tymczasowo, pożądane<sup>29</sup>. Dyrektywa MiFID II stawia podmiotom prowadzącym obrót instrumentami finansowymi nowe wymagania, jak konieczność uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej czy dodatkowe obowiązki sprawozdawcze. Pytanie o status obowiązku mocowego w tym skomplikowanym systemie wydaje się więc jak najbardziej uzasadnione.

Wspomniany już art. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi w pkt 1 ust. 2 lit. e) oraz f) wymienia „[...] inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które mogą być wykonane przez dostawę, pod warunkiem że są dopuszczone do obrotu w systemie obrotu instrumentami finansowymi, z wyłączeniem produktów energetycznych będących przedmiotem obrotu hurtowego na OTF, które muszą być wykonywane przez dostawę”<sup>30</sup> oraz „niedopuszczone do obrotu w systemie obrotu instrumentami finansowymi opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne instrumenty pochodne, których instrumentem bazowym jest towar i które mogą być wykonane przez dostawę, a które nie są przeznaczone do celów handlowych i wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych”<sup>31</sup>.

Kluczowa wydaje się kategoria produktów energetycznych będących przedmiotem obrotu hurtowego na OTF. Rozporządzenie REMIT *carve-out* wskazuje w art. 2 ust. 4, że „produkty energetyczne sprzedawane w obrocie hurtowym” oznaczają następujące umowy i instrumenty pochodne bez względu na miejsce i sposób prowadzonego nimi obrotu:

- a) kontrakty na dostawę energii elektrycznej lub gazu ziemnego w przypadku gdy dostawa ma miejsce w Unii;
- b) instrumenty pochodne dotyczące energii elektrycznej lub gazu ziemnego wytwarzanych, sprzedawanych lub dostarczanych w Unii;
- c) kontrakty dotyczące przesyłu energii elektrycznej lub gazu ziemnego w Unii;

---

<sup>29</sup> Zob. P. Hawranek, D. Michalski, D. Borkowski, *Wpływ wejścia w życie MiFID II na ryzyko funkcjonowania spółek energetycznych w Polsce*, iKAR, 2019, nr 5 (8). W rozumieniu dyrektywy MiFID II obowiązek mocowy spełnia kryteria instrumentu finansowego, w związku z czym obrót wtórny tym kontraktem wymagałby od przedsiębiorstw energetycznych uzyskania dodatkowych zezwoleń.

<sup>30</sup> Ustawa z 29.7.2005 o obrocie instrumentami finansowymi, t.j.: Dz.U. z 2021 r. poz. 328 z późn. zm.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

d) instrumenty pochodne dotyczące przesyłu energii elektrycznej lub gazu ziemnego w Unii.

Skutki tego wyłączenia kwestionuje niejako jednak regulacja MiFID II; Załącznik I w Sekcji C określa rodzaje kontraktów uznawane za instrumenty finansowe i, w związku z tym, podlegające reżimowi MiFID II, jako wyjątek wskazując właśnie produkty energetyczne sprzedawane w obrocie hurtowym, stanowiące przedmiot obrotu na OTF, które muszą być rozliczane fizycznie.

Wydaje się, że w zakresie regulacji dotyczących obrotu wtórnego obowiązkiem mocowym polskie prawo cierpi na pewne niedobory, w gruncie rzeczy dopuszczając tego rodzaju obrót zarówno na OTF, jak i w formie kontraktów OTC. W świetle przepisów MiFID II trudno zatem jednoznacznie ocenić, czy wyłączenie spod reżimu tej dyrektywy obejmuje także obowiązek mocowy, ponieważ w zasadzie zależy to od firm inwestycyjnych i wybieranych przez nie modeli obrotu.

Jak zatem obowiązek mocowy wpasowuje się we wskazane przesłanki wyłączenia? Wydaje się, że w większości można je uznać za spełnione.

Produktem stanowiącym przedmiot obrotu na rynku mocy jest moc dyspozycyjna netto w okresie dostaw oraz obowiązek jej dostarczenia w okresach zagrożenia. Dostawca mocy wykazuje zdolność do wykonania obowiązku mocowego poprzez wskazanie daty i godziny, w której jednostka rynku mocy dostarczała moc do systemu. Ponadto, wykonanie obowiązku mocowego podlega również weryfikacji w ramach testowych okresów zagrożenia. Negatywny wynik takiego testu wiąże się z nałożeniem kary na dostawcę mocy. Można przy tym pokusić się o twierdzenie, że stosowanie zamiennie pojęć „moc” oraz „energia” nie jest błędem; moc to w tym kontekście określona ilość energii elektrycznej dostarczana do systemu w określonej jednostce czasu. W konsekwencji, nie byłby nieprawdziwym wniosek, że obowiązek mocowy wiąże się ściśle z dostawą energii. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że jest to kontrakt rozliczany fizycznie.

Ponadto, nie ma większych wątpliwości co do tego, że umowa mocowa nosi cechy kontraktu *forward*<sup>32</sup>. Umowy tego rodzaju zobowiązują do zakupu lub sprzedaży pewnego dobra w określonym momencie w przyszłości, za cenę określoną w momencie zawarcia umowy. Cena ta nie ulega żadnym zmianom pomimo upływu czasu, co służy obu stronom stosunku<sup>33</sup>. Ponadto, kontrakty typu *forward* cechuje duża swoboda negocjacyjna stron.

---

<sup>32</sup> Zob. W. J. Katner, M. Bączyk, A. Jakubiec, M. Romanowski, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane* [w:] *System prawa prywatnego* red. prof. dr hab. W. J. Katner, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 831 i n.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 831 i n.

Jak wskazuje K. Glibowski, nie są one, co do zasady, przedmiotem obrotu wtórnego<sup>34</sup>, co może rodzić pewne wątpliwości, jako że obrót obowiązkiem mocowym może mieć miejsce na rynku wtórnym. Należy jednak mieć przy tym na uwadze, że w polskim systemie prawnym „klasyczny” *forward* nie jest jeszcze identyfikowany.

Kwestią otwartą pozostaje, jak się wydaje, obrót obowiązkami mocowymi na OTF. Jak już wskazano wcześniej, w polskim systemie brakuje w tym zakresie jednoznacznego modelu czy stanowiska. W praktyce oznaczałoby to, że dostawcy mocy są niejako skazani na obrót na platformach OTF prowadzonych przez firmy inwestycyjne, które otrzymały odpowiednie zezwolenie KNF. Kontrakty OTC, zawierane w ramach nieregulowanego rynku pozagiełdowego, których przedmiotem byłby obowiązek mocowy, podlegają reżimowi MiFID II.

Pozostaje jednak zagadnienie przeznaczenia do celów handlowych oraz wykazywania właściwości innych instrumentów pochodnych; spełnienie tych kryteriów oznacza przyporządkowanie do kategorii instrumentów finansowych. W tym zakresie należy sięgnąć do rozporządzenia 2017/565, a konkretnie do art. 7. Kontrakt wykazuje zatem właściwości innych instrumentów finansowych przy spełnieniu poniższych przesłanek:

- kontrakt spełnia jedno z poniższych kryteriów:
  - kontrakt jest przedmiotem obrotu w państwie trzecim, w systemie spełniającym funkcję podobną do rynku regulowanego, MTF (ASO) lub OTF;
  - stwierdza się jednoznacznie, że kontrakt taki jest przedmiotem obrotu na rynku regulowanym, MTF, OTF lub w określonym wyżej systemie obrotu w państwie trzecim albo podlega ich zasadom;
  - kontrakt jest ekwiwalentem kontraktu będącego przedmiotem obrotu na rynku regulowanym, MTF, OTF lub w określonym wyżej systemie obrotu w państwie trzecim w zakresie ceny, partii, terminu dostawy i innych warunków umownych;
- kontrakt jest znormalizowany tak, by cena, partia, termin dostawy i inne warunki określone były głównie poprzez odniesienie do regularnie publikowanych cen, standardowych partii lub standardowych terminów dostawy.

Jednocześnie jednak, rozporządzenie 2017/565 wymienia przesłanki których łączne spełnienie wyklucza uznanie kontraktu za instrument finansowy<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> K. Glibowski, *Komentarz do art. 2 [w:] red. M. Wierzbowski, Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi [w:] red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, Prawo rynku kapitałowego. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2018, Legalis 2018.*

<sup>35</sup> Artykuł 7 ust. 4.

- jest zawierany z operatorem lub administratorem bądź przez operatora lub administratora energetycznej sieci przesyłowej, systemu służącego utrzymywaniu równowagi dostaw lub sieci rurociągów;
- jest niezbędny do utrzymania równowagi dostaw i zużycia energii w określonym czasie, w tym w przypadku, gdy rezerwa zdolności zakontraktowana przez operatora systemu przesyłowego energii elektrycznej, o którym mowa w art. 2 ust. 4 dyrektywy 2009/72/WE, jest przekazywana od jednego wstępnie zakwalifikowanego dostawcy usługi bilansowania do innego wstępnie zakwalifikowanego dostawcy usługi bilansowania za zgodą właściwego operatora systemu przesyłowego.

Wydaje się, że obowiązek mocy spełnia obie przesłanki, zatem nie można uznać go za instrument finansowy. Dogłębna analiza wszystkich wymienionych wcześniej przesłanek warunkujących uznanie za instrument finansowy musi jednak prowadzić do wniosku, że obowiązek mocy, choć formalnie się do tej kategorii nie zalicza, posiada wiele cech instrumentu finansowego.

Dodatkowe potwierdzenie statusu obowiązku mocowego stanowi art. 70 ust. 1 pkt 10 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi; reżimowi MiFID II nie będzie podlegać tzw. „działalność dodatkowa”, tj. obejmująca obrót szeroko rozumianymi instrumentami finansowymi o charakterze dodatkowym w stosunku do głównego przedmiotu działalności danego podmiotu, jeżeli ów główny przedmiot działalności nie jest działalnością maklerską.

## 6. Podsumowanie

Polski rynek mocy wciąż się kształtuje i wiele jego mechanizmów nadal budzi wątpliwości, czy to ze względu na brak odpowiednich regulacji, czy też z uwagi na stopień złożoności problemu. W 2021 r. odbyły się już pierwsze transakcje na rynku wtórnym, których przedmiotem był obowiązek mocy. Mamy też za sobą jeden kwartał pierwszego okresu dostaw, a zatem również pierwsze testowe okresy zagrożenia. Jest jeszcze zbyt wcześnie, aby dokonać oceny funkcjonowania tego mechanizmu i, zarazem, zbyt wcześnie, by zidentyfikować problemy i luki tego systemu, które mogą stać się widoczne dopiero w bardziej odległej przyszłości.

Wprowadzenie ustawy o rynku mocy było pewną koniecznością z uwagi na zmieniające się standardy; Polska jest częścią Unii Europejskiej i w związku z tym na prawodawcy krajowym spoczywa obowiązek kształtowania naszego systemu prawa w taki sposób,

aby odpowiadał on tym standardom. Nie są to jedynie wymogi czysto prawne, a zmiany w prawie mają ostatecznie doprowadzić do przeobrażenia rzeczywistości polskiej energetyki.

Obrót obowiązkiem mocowym będzie niewątpliwie ewoluował. Niewykluczone, że w pewnym momencie katalog instrumentów finansowych zostanie poszerzony właśnie o obowiązek mocowy, wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami. Bardziej prawdopodobnym scenariuszem wydaje się jednak utworzenie zupełnie nowego modelu swego rodzaju „*quasi*-instrumentu finansowego”. Można przypuszczać, że obserwacja funkcjonowania obowiązku mocowego w obrocie pozwoli na wypracowanie rozwiązań lepiej odpowiadających jego charakterowi oraz potrzebom rynku mocy. Z uwagi na strategiczne znaczenie tego mechanizmu dla państwa, wszelkie regulacje w tym zakresie powinny być wprowadzane bardzo ostrożnie i, przede wszystkim, z myślą o długofalowych celach, dyktowanych przez prawodawstwo unijne.

## Summary

### **The capacity obligation on the secondary market**

**The subject of this article is the notion of the capacity obligation and the rules of functioning of said capacity obligation on the capital market. The capacity obligation was introduced in the Act of 8th December 2017 on the Capacity Market which defines this term as “an obligation of the capacity provider to maintain, during the delivery period, readiness to deliver the specific electrical capacity to the system via a capacity market unit, and to deliver the specific electrical capacity to the system during system stress events”. The main reasons for this regulation include the necessity to secure the state’s electric power system in case the capacity shortage occurs, as well as the need to provide energy producers with new forms of permitted public aid. The capacity obligation can be a subject of both primary trading (as a result of the capacity agreement) and secondary trading. The issue of aforementioned secondary trading, however, has not been sufficiently regulated yet, therefore it still raises concerns. The fundamental problem is the status of the capacity obligation as a potential financial instrument; despite the fact that the capacity obligation has several characteristics of a financial instrument listed in the MiFID II, under the Commission Delegated Regulation 2017/565 it cannot be categorized as such. This issue is of great significance**

from the energy companies' point of view, as the solution more beneficial for these would be not to officially consider the capacity obligation a financial instrument.

## Lidia Walczak

Studentka IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji UKSW, jej zainteresowania naukowe związane są z prawem gospodarczym, rynków kapitałowych, prawem publicznym gospodarczym, a w szczególności prawnymi aspektami funkcjonowania sektora elektroenergetycznego. Przygotowuje pracę magisterską na temat modeli wsparcia energetyki odnawialnej.

## Bibliografia

1. Bałdowski M., Kraśniewski M., *Istota i prawne aspekty funkcjonowania rynku wtórnego dla rynku mocy*, „iKAR”, 2018, nr 5(7).
2. Dziennik-Marciniak K., Rycerski A., *Regulacja MiFID II i jej wpływ na działalność podmiotów z sektora energetycznego*, „Rynek Energii”, 2018, 1/2018.
3. Glibowski K. [w:] red. M. Wierzbowski, *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi* [w:] red. M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*. Wyd. 3, Warszawa 2018.
4. Gos W. [w:] *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, red. T. Kiziukiewicz, wyd. 8, Warszawa 2021.
5. Hawranek P., Michalski D., Borkowski D., *Wpływ wejścia MIFID II na ryzyko funkcjonowania spółek energetycznych w Polsce*, „iKAR”, 2019, nr 5(8).
6. Katner W. J., Bączyk M., Jakubiec A., Romanowski M., *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane* [w:] *System prawa prywatnego* red. prof. dr hab. W. J. Katner, t. 9, wyd. 3, Warszawa 2018.
7. Muszyński I., *Rynek mocy jako instrument wsparcia budowy nowych elektrowni – czy to zadziała?*, „iKAR” 2018, nr 5(7).
8. Pawlak B., Ziarkowski M., *Realizacja obowiązku mocowego przez przedsiębiorstwa energetyczne*, „iKAR”, 2018, nr 5(7).
9. [https://www.pse.pl/documents/20182/51490/2016-07-04\\_Rynek\\_Mocy\\_-\\_projekt\\_rozwi%2525B1zan\\_funkcjonalnych.pdf/ea9c8692-eeab-4c4a-a12a-3f007c8db56a?safeargs=76657273696f6e3d312e30](https://www.pse.pl/documents/20182/51490/2016-07-04_Rynek_Mocy_-_projekt_rozwi%2525B1zan_funkcjonalnych.pdf/ea9c8692-eeab-4c4a-a12a-3f007c8db56a?safeargs=76657273696f6e3d312e30) [dostęp: 29.5.2021 r.].
10. [https://www.pse.pl/documents/20182/51490/Podrecznik\\_Uzytkownika\\_Portalu\\_Uczestnika\\_Rynku\\_Mocy\\_Wykonanie\\_obowiazku\\_mocowego\\_demonstracja\\_Wersja\\_1\\_0.pdf](https://www.pse.pl/documents/20182/51490/Podrecznik_Uzytkownika_Portalu_Uczestnika_Rynku_Mocy_Wykonanie_obowiazku_mocowego_demonstracja_Wersja_1_0.pdf) [dostęp: 29.5.2021 r.].
11. [https://www.pse.pl/documents/20182/51490/Podrecznik\\_Uzytkownika\\_Portalu\\_Uczestnika\\_Rynku\\_Mocy\\_Wykonanie\\_obowiazku\\_mocowego\\_testowe\\_okresy\\_zagrozenia\\_Wersja\\_1\\_1.pdf](https://www.pse.pl/documents/20182/51490/Podrecznik_Uzytkownika_Portalu_Uczestnika_Rynku_Mocy_Wykonanie_obowiazku_mocowego_testowe_okresy_zagrozenia_Wersja_1_1.pdf) [dostęp: 29.5.2021 r.].
12. [https://tge.pl/pub/TGE/files/Konferencje/25\\_01\\_2017/8\\_Olga\\_Dzili\\_ska\\_Przetrzak\\_MiF.pdf](https://tge.pl/pub/TGE/files/Konferencje/25_01_2017/8_Olga_Dzili_ska_Przetrzak_MiF.pdf) [dostęp: 28.5.2021 r.].

13. [https://tge.pl/pub/TGE/files/Konferencje/29112019KRG/02\\_20191120\\_KREEdG\\_Zorganizowany.pdf](https://tge.pl/pub/TGE/files/Konferencje/29112019KRG/02_20191120_KREEdG_Zorganizowany.pdf) [dostęp: 28.5.2021 r.].
14. <https://powermeetings.eu/tag/platforma-obrotu-obowiazkami-mocowymi/> [dostęp: 28.5.2021 r.].
15. <https://enspirion.pl/worm/> [dostęp: 27.5.2021 r.].
16. <https://www.cire.pl/item,138296,2,0,0,0,0,mifid-ii---rewolucja-na-rynkach-energii.html> [dostęp: 27.5.2021 r.].
17. [https://tge.pl/aktualnosci-tge-czytaj?cmn\\_id=91009&title=Towarowa+Gie%C5%82da+Energii+rozpocz%C4%99%C5%82a+notowania+na+Zorganizowanej+Platformie+Obrotu+\(OTF\)](https://tge.pl/aktualnosci-tge-czytaj?cmn_id=91009&title=Towarowa+Gie%C5%82da+Energii+rozpocz%C4%99%C5%82a+notowania+na+Zorganizowanej+Platformie+Obrotu+(OTF)) [dostęp: 26.5.2021 r.].
18. <https://n-4-12.dcs.redcdn.pl/file/o2/tvn/web-content/m/p121/f/84f0f20482cde7e5eacaf7364a643d33/22c51182-9bba-47f7-bf11-f9f32217047e.pdf> [dostęp: 27.5.2021 r.].